



O sistema acusatório e os arts. 212 e 310, II, do CPP

Autor: Renato Marcão

Membro do Ministério Público do Estado de São Paulo,
Mestre em Direito, Professor

publicado em 27.02.2015

[\[enviar este artigo\]](#) [\[imprimir\]](#)

1 Sistema acusatório

No sistema acusatório, que tem origem na Grécia Antiga e nítida feição democrática, o imputado é sujeito de direito, e não simples objeto de persecução, daí ser presumido inocente, até prova em contrário, do que decorre, como regra, o direito de aguardar o término dos rituais judiciais em liberdade, dentre outras garantias.

Caracteriza-se pela irrenunciável repartição de funções entre órgãos distintos, de maneira que caberá ao **Ministério Público** (em regra, no nosso modelo processual) a função de acusar, porquanto titular do direito de ação na generalidade dos casos; a **defesa** deverá ser efetiva e desempenhada por profissional habilitado (advogado ou defensor público); e a presidência do processo e o julgamento final serão da competência do Poder Judiciário, por seus **magistrados**.

Tem seu desenvolvimento delineado, dentre outros, pelos princípios da dignidade da pessoa humana; da legalidade; da oficialidade; do juiz natural; do devido processo legal; da publicidade; da igualdade processual; da iniciativa das partes; da ampla defesa; do contraditório; da verdade real; da presunção de inocência; da imparcialidade do juiz; e da fundamentação das decisões judiciais.

Ao tratar da distinção entre o processo acusatório e o inquisitivo, observou **Geraldo Prado** que

"Este último se satisfaz com o resultado obtido de qualquer modo, pois nele prevalece o objetivo de realizar o direito penal material, enquanto no processo acusatório é a defesa dos direitos fundamentais do acusado contra a possibilidade de arbítrio do poder de punir que define o horizonte do mencionado processo." (**Sistema acusatório**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 104)

2 Artigo 212 do Código de Processo Penal

A Lei nº 11.690/2008 modificou a redação do art. 212 do CPP.

Desde então se estabeleceu profunda discussão na doutrina e na jurisprudência a respeito da ordem e da forma que se deve adotar na inquirição de testemunha em juízo.

Segundo pensamos, no momento em que adotou o sistema do direct examination (de inquirição direta pelas partes), o legislador afinou-se um pouco mais com o sistema processual de modelo acusatório, de modo que sua atividade passou a ser complementar na colheita da prova. Isso não quer dizer que está afastado o

sistema presidencialista, até porque é o juiz quem preside a audiência e direciona os trabalhos, podendo, inclusive, indeferir perguntas etc.

Qualificada a testemunha e resolvida eventual impugnação a seu depoimento (contradita ou arguição de defeito), o juiz deve passar a palavra à parte que arrolou a testemunha para que faça diretamente suas perguntas. Em seguida, a parte contrária poderá igualmente fazer as suas.

Encerradas as perguntas das partes, caberá ao juiz **complementar a inquirição**, oportunidade em que indagará a testemunha sobre pontos que devam ser esclarecidos.

No modelo vigente, tal como sintetizou **Eugênio Pacelli**, "As partes iniciam a inquirição, e o juiz encerra" (**Curso de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 414).

Note-se que o parágrafo único do art. 212 é expresso ao afirmar que **a atividade do juiz é de natureza complementar** ["(...) o juiz **poderá complementar a inquirição**"], e a lei não mudou para ficar tudo como estava. A guinada legal objetivou um maior distanciamento do juiz com relação à gestão da prova, em uma verdadeira **adequação ao sistema acusatório**, vale dizer, a um processo de partes.

É óbvio, e nunca se olvide: o juiz é o destinatário final da prova e sobre ela poderá buscar lançar luz relativamente aos temas que lhe causem perplexidade. Porém, nos termos do atual regramento, a atividade judicial no campo da prova está delineada pela complementaridade.

Para não expor o processo à nulidade absoluta, é necessário que se observe o disposto no art. 212 do CPP, em homenagem ao princípio do devido processo legal, que se apresenta sob as vertentes da garantia ao procedimento integral e da garantia ao procedimento tipificado a que **Antonio Scarance Fernandes** se refere com absoluta propriedade (**Processo penal constitucional**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 123-124).

Embora admita a incidência de nulidade, a jurisprudência de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que se trata de nulidade relativa, a demandar demonstração de prejuízo efetivo: HC 107.318/SP, 1ª T., rel. Min. Marco Aurélio, rel. p/ o Acórdão Min. Rosa Weber, j. 05.06.2012, **DJe** 204, de 18.10.2012; HC 112.217/SP, 2ª T., rel. Min. Gilmar Mendes, j. 13.11.2012, **DJe** 240, de 07.12.2012; HC 110.623/DF, 2ª T., rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 13.03.2012, **DJe** 61, de 26.03.2012; HC 115.336/RS, 2ª T., rel. Min. Cármen Lúcia, j. 21.05.2013, **DJe** 105, de 05.06.2013, **Informativo STF** nº 707.

Na mesma linha segue o entendimento da 5ª e da 6ª Turmas do Superior Tribunal de Justiça: HC 217.691/SP, 5ª T., rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 18.09.2012, **DJe** de 21.09.2012; HC 278.673/RS, 5ª T., rel. Min. Jorge Mussi, j. 20.05.2014, **DJe** de 26.05.2014; AgRg no Ag 1.420.725/SC, 5ª T., rel. Min. Regina Helena Costa, j. 08.05.2014, **DJe** de 14.05.2014; HC 230.277/SP, 6ª T., rel. Min. Og Fernandes, j. 21.08.2012, **DJe** de 26.11.2012; RHC 38.435/SP, 6ª T., rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 06.05.2014, **DJe** de 15.05.2014; AgRg no AREsp 430.876/RS, 6ª T., rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 13.05.2014, **DJe** de 02.06.2014.

Há que se considerar, entretanto, que, na hipótese, o prejuízo é indemonstrável. Não se pode exigir do acusado a demonstração – na prática, impossível – do prejuízo acarretado à sua defesa em razão do desrespeito, por parte do Estado, às regras do procedimento tipificado.

3 Conversão ex officio da prisão em flagrante em prisão preventiva

De início, uma observação se impõe: muito embora o inc. II do art. 310 do CPP

se refira à **conversão** da prisão em flagrante em preventiva, a nosso ver, o correto seria referir-se à **decretação** desta última, visto que estamos diante de institutos distintos, com regras próprias e finalidades que não se confundem, não sendo caso, portanto, de **conversão**, mas de decretação. A decretação da prisão preventiva ex officio – pelo juiz – continua a ser permitida na legislação processual penal brasileira, contudo, apenas no curso do processo, na fase judicial.

Conforme dispõe o art. 310, II, do CPP, o juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, que lhe será encaminhado em até 24 horas após a realização da prisão, não sendo caso de relaxamento ou de liberdade provisória com ou sem fiança, cumulada ou não com a aplicação de medida cautelar diversa da prisão, deverá, em decisão fundamentada, **converter a prisão em flagrante em preventiva**, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 desse Código.

Mesmo antes das modificações impostas pela Lei nº 12.403/2011, sempre entendemos que a prisão em flagrante não poderia ultrapassar o limite temporal que vai de sua efetivação até a comunicação ao juiz competente, providência obrigatória que deve ocorrer nas 24 horas seguintes à prisão-captura.

Essa forma de pensar encontra sua fundamentação no art. 5º, LXVI, da CF, segundo o qual ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.

Do art. 5º, LXI, da CF retiramos autorização para que pessoas possam ser presas em flagrante, mas a interpretação da regra deve ser feita em harmonia com o citado inc. LXVI, de onde se extrai que, após a prisão em flagrante, ninguém poderá continuar preso e, portanto, ser levado ao cárcere, se cabível a liberdade provisória, daí a necessidade de análise dessa situação jurídico-constitucional já no momento do controle jurisdicional imediato, a demonstrar absoluta impropriedade em se afirmar a possibilidade de que alguém possa permanecer, a partir desse instante, preso **por força do flagrante**.

A teor do disposto no art. 310, nesse momento do controle jurisdicional, só poderá subsistir prisão se presentes os requisitos da custódia preventiva, que então deverá ser **decretada**.

A possibilidade jurídica de alguém sofrer restrições à sua liberdade por força de prisão em flagrante sempre esteve restrita e delimitada no tempo. Nunca pode ultrapassar o lapso temporal que medeia entre a prisão-captura e a sua apreciação pelo juiz competente.

Isso sempre esteve muito claro no texto constitucional e também no CPP.

Em relação a isso, o legislador ordinário foi ainda mais enfático, já que o atual art. 310 do CPP evidencia claramente que o juiz deverá, no momento do controle jurisdicional, trabalhar com as variantes indicadas, dentre as quais encontramos a decretação da prisão preventiva.

É necessário lembrar, contudo, que o material probatório ordinariamente recolhido pela polícia por ocasião do flagrante nem sempre, ou quase nunca, disponibiliza elementos **concretos** suficientes para a decretação da prisão preventiva, mesmo diante de casos graves, em que a decretação se apresenta medida **de fato** imprescindível, o que está a determinar a emergência de uma nova e mais abrangente postura investigativa já nesse momento proeminente, por se tratar de dedicação que interessa não só à polícia e ao Ministério Público, mas a toda a sociedade.

Não é difícil verificar no art. 283, § 2º, do CPP (regra geral) a impossibilidade jurídica de decretação de prisão preventiva *ex officio* na fase de investigação. De igual maneira, no art. 311 do CPP (tipo específico), o legislador teve por bem

reiterar a vedação, que atende ao modelo de processo penal acusatório. Nada obstante a clareza dos dispositivos citados, o Superior Tribunal de Justiça tem admitido conversão (*rectus*: decretação) *ex officio* de prisão em flagrante em prisão preventiva, tal como apontam as ementas que seguem transcritas:

“O Juízo processante, ao receber o auto de prisão em flagrante, verificando sua legalidade e a inviabilidade de sua substituição por medida diversa, deverá convertê-la em preventiva ao reconhecer a existência dos requisitos preconizados nos arts. 312 e 313 do CPP independentemente de representação ou requerimento.” (STJ, RHC 47.149/RS, 5ª T., rel. Min. Moura Ribeiro, j. 08.05.2014, **DJe** de 14.05.2014)

“Ao homologar a prisão em flagrante, existindo a necessidade da custódia cautelar e presentes os requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, o magistrado deve decretar a prisão preventiva, mesmo sem provocação.” (STJ, RHC 38.307/MG, 5ª T., rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 20.08.2013, **DJe** de 05.09.2013)

“Conforme a novel redação do art. 310 do CPP, o magistrado, ao tomar ciência da prisão em flagrante, deverá, de modo fundamentado, relaxar a custódia ilegal, conceder liberdade provisória, com ou sem fiança, ou decretar a segregação preventiva do agente. Mostra-se despicienda a existência de representação ministerial ou do agente policial para a conversão da prisão em flagrante em preventiva, devendo o juiz, mesmo sem provocação, manter a segregação cautelar sempre que a medida mostrar-se necessária, nos termos do art. 312 do CPP, não se vislumbrando qualquer nulidade no *decisum* de 1º grau, já que o julgador agiu em estrito cumprimento do disposto na lei adjetiva penal.” (STJ, HC 226.492/RS, 5ª T., rel. Min. Gilson Dipp, j. 27.03.2012, **DJe** de 09.04.2012)

“Desnecessária a existência de representação do agente policial ou da oitiva do *Parquet*, pois, existindo a necessidade da custódia preventiva, respeitados os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, deve o magistrado, mesmo sem provocação, decretá-la. Não há que falar em nulidade no *decisum* de primeiro grau pela ausência de representação policial ou ministerial, na medida em que se cuida de mera conversão da prisão em flagrante em preventiva, em exato cumprimento do dispositivo legal.” (STJ, HC 263.320/MS, 5ª T., rel. Min. Marilza Maynard, j. 28.05.2013, **DJe** de 03.06.2013; STJ, RHC 43.360/MG, 5ª T., rel. Min. Marilza Maynard, j. 25.02.2014, **DJe** de 11.03.2014)

“Não existe nenhuma nulidade em converter de ofício o flagrante em prisão preventiva quando presentes os requisitos autorizadores da segregação cautelar, nos termos dos arts. 310, inciso II, e 311 do Código de Processo Penal. Precedentes.” (STJ, RHC 45.203/MG, 5ª T., rel. Min. Regina Helena Costa, j. 13.05.2014, **DJe** de 19.05.2014)

No mesmo sentido: STJ, RHC 43.213/MG, 5ª T., rel. Min. Laurita Vaz, j. 08.04.2014, **DJe** de 15.04.2014; STJ, HC 281.756/PA, 5ª T., rel. Min. Jorge Mussi, j. 15.05.2014, **DJe** de 22.05.2014.

Conclusão

As alterações levadas a efeito não traduzem despretensiosa modificação de regras processuais.

A lei não mudou para permanecer tudo como estava, mas para buscar a necessária aproximação/adequação do processo penal vigente ao sistema acusatório, de modelo democrático.

Sem a imprescindível mudança de foco e de pensamento, não basta a alteração do texto normativo.

É preciso prestigiar o sistema processual adotado, com o final e nobre objetivo de assegurar direitos fundamentais.

Referência bibliográfica (de acordo com a NBR 6023:2002/ABNT):

MARCÃO, Renato. O sistema acusatório e os arts. 212 e 310, II, do CPP. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 64, fev. 2015. Disponível em:
< http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao064/Renato_Marcao.html>
Acesso em: 03 mar. 2015.

REVISTA DE DOUTRINA DA 4ª REGIÃO
PUBLICAÇÃO DA ESCOLA DA MAGISTRATURA DO TRF DA 4ª REGIÃO - EMAGIS